précis
DOMAT DROIT PRIVÉ

Frédéric BUY

DROIT DES CONTRATS D'AFFAIRES

LGDJ un savoir-faire de Lextenso

DROIT DES CONTRATS D'AFFAIRES

FRÉDÉRIC BUY
Agrégé des Facultés de droit
Professeur à l'Université d'Aix-Marseille

LGDJ un savoir-faire de Lextenso

© 2023, LGDJ, Lextenso
1, Parvis de La Défense
92044 Paris La Défense Cedex
www.lgdj-editions.fr
EAN : 9782275063256
ISSN : 2968-7454
Collection : Précis Domat

SOMMAIRE

Introduction 19

Section 1. Prolégomènes 19

Section 2. Notion de contrat d'affaires 23

§ 1. Traits caractéristiques 23

§ 2. Traits communément observés 37

Section 3. Le droit des contrats d'affaires 40

§ 1. Sources du droit des contrats d'affaires 40

§ 2. Esprit et enjeux du droit des contrats d'affaires 46

Section 4. Plan de l'ouvrage 54

PREMIÈRE PARTIE. LE PROCESSUS DE FORMATION DES CONTRATS D'AFFAIRES 55

Titre 1. Les opportunités d'affaires 57

Chapitre 1. L'occasion obtenue par opportunisme 59

Section 1. Panorama 59

Section 2. Sanctions 62

Chapitre 2. L'occasion saisie par opportunisme 65

Titre 2. Le choix du cocontractant 71

Chapitre 1. La liberté de choix 73

Section 1. Principe 73

Section 2. Limites 74

§ 1. Restrictions légales 74

§ 2. Restrictions conventionnelles 76

§ 3. Restrictions de fait 81
Chapitre 2. Les modalités du choix : le cas de l'appel d'offres 83
Section 1. La notion d'appel d'offres 83
Section 2. Le régime de l'appel d'offres 84
Titre 3. La négociation des contrats d'affaires 87
Chapitre 1. La forme des négociations 89
Section 1. Les négociations non structurées 89
Section 2. Les négociations structurées 92
§ 1. Généralités 92
§ 2. De quelques négociations formatées 98
Chapitre 2. Transparence et secret des négociations 103
Section 1. La transparence des négociations 103
Section 2. Le secret des négociations 108
§ 1. Entre les parties 109
§ 2. À l'égard des tiers 109
Chapitre 3. Le pouvoir de négociation 111
Section 1. L'abus de négociation en droit commercial (C. com., art. L. 442-1, I, 2º) 112
Section 2. L'abus de négociation en droit commun (C. civ., art. 1171) 117
Section 3. Articulation des textes 121
Chapitre 4. Le rôle des intermédiaires 123
Titre 4. La conclusion des contrats d'affaires 125
Chapitre 1. L'identification des parties 127
***Section 1. Les parties* stricto sensu** 127
Section 2. Les parties représentées 130
Section 3. Les parties assimilées 132
Chapitre 2. L'échange des consentements 135
Section 1. Offre et acceptation (théorie générale) 136
Section 2. Offre et acceptation dans les ventes internationales de marchandises 139
Chapitre 3. Les vices du consentement 141
Section 1. L'erreur 141

Section 2. Le dol 147
Section 3. La violence 152
Chapitre 4. Le particularisme des contrats conclus par les sociétés 157
Section 1. La capacité de la société 157
Section 2. Le consentement de la société 159
Section 3. La représentation de la société 160
Section 4. Les qualités de la société contractante 162
§ 1. Qualité de contractant 162
§ 2. Qualité de partie faible 165
Chapitre 5. Les formalités 167

DEUXIÈME PARTIE. L'ÉCRIT CONTRACTUEL 171
Titre 1. La rédaction du contrat 173
Chapitre 1. Pourquoi ? 175
Section 1. La sécurité 175
Section 2. L'efficacité 177
Section 3. La conformité 179
§ 1. L'écrit requis à des fins de validité 180
§ 2. L'écrit requis à des fins extracontractuelles 181
Chapitre 2. Qui ? 185
Chapitre 3. Comment ? 189
Section 1. La langue 189
§ 1. Une liberté 189
§ 2. Un risque 190
Section 2. Le style du contrat 193
Chapitre 4. Quoi ? 195
Section 1. Le document de base 195
§ 1. Structure externe 195
§ 2. Structure interne 196
Section 2. Les documents satellites 205
§ 1. Les autres pièces du contrat 205
§ 2. Les papiers d'affaires 214

Titre 2. L'interprétation du contrat 221
Chapitre 1. L'interprétation des clauses ambiguës 223
Section 1. Règles générales d'interprétation 223
Section 2. Clauses d'interprétation 225
Chapitre 2. L'interprétation complétive 227

TROISIÈME PARTIE. L'OPÉRATION CONTRACTUELLE 229
Titre 1. L'économie de l'opération 231
Chapitre 1. Le prix 233
Section 1. Généralités sur les prix 233
Section 2. Fixation du prix 235
§ 1. Fixation conventionnelle 236
§ 2. Fixation unilatérale du prix 237
§ 3. Fixation du prix par un tiers 239
Section 3. Structure du prix 242
Section 4. Révision du prix 245
§ 1. Clause d'indexation 246
§ 2. Clause d'alignement 249
Section 5. Paiement du prix 251
§ 1. Le paiement ordinaire 251
§ 2. Le paiement par compensation 261
Chapitre 2. L'équilibre économique 265
Section 1. Principe d'indifférence 265
§ 1. Validité des contrats économiquement déséquilibrés 266
§ 2. Risques extracontractuels 269
Section 2. Exception de prohibition 272
§ 1. La prohibition ciblée du déséquilibre économique 272
§ 2. La prohibition générique du déséquilibre économique 275
Chapitre 3. La durée de l'opération 279
Chapitre 4. Les contrats connexes 285
Section 1. Les contrats liés en général 285
Section 2. Cas particulier de la sous-traitance 289
Titre 2. La sécurisation de l'opération 293
Chapitre 1. Les clauses de fortification de la relation 295

Section 1. La clause de confidentialité 295
Section 2. La clause d'exclusivité 298
Section 3. La clause de non-concurrence (et clauses apparentées) 302
Chapitre 2. Les garanties du paiement 309
Section 1. La clause de réserve de propriété 309
Section 2. Les cautionnements, garanties autonomes et lettres d'intention 311
Chapitre 3. Les garanties d'investissement 315
Section 1. Les clauses de garantie de passif 315
Section 2. Les clauses de stabilisation 320
Chapitre 4. Les garanties du résultat 323

QUATRIÈME PARTIE. LICÉITÉ ET CONFORMITÉ 327
Titre 1. La conformité du contrat 329
Chapitre 1. La conformité du contrat à l'ordre public économique 331
Section 1. La notion d'ordre public économique 331
Section 2. Le contrôle de conformité 333
§ 1. Contrôle *ex ante* 334
§ 2. Contrôle *ex post* 334
Chapitre 2. La conformité du contrat à l'ordre public concurrentiel .. 339
Section 1. La conformité du contrat au droit antitrust 339
Section 2. La conformité du contrat au droit des pratiques restrictives de concurrence 343
Titre 2. Le contrat instrument de conformité (*compliance*) 347

CINQUIÈME PARTIE. LA GESTION DE LA RELATION 351
Titre 1. La gestion organisée 353
Chapitre 1. La gestion contractualisée 355
Section 1. La gestion des comportements 355
§ 1. Clause de bonne foi 355
§ 2. Clauses de fidélité au contrat 358
Section 2. La gestion du lien contractuel 359
Chapitre 2. La gestion organicisée : le pilotage du contrat 361

Chapitre 3. La gestion automatisée 363
Titre 2. La gestion improvisée 365
Chapitre 1. Les arrangements en marge du contrat 367
Chapitre 2. La renégociation du contrat 371

SIXIÈME PARTIE. CONTRAT ET ENTREPRISE 375
Titre 1. Le sort du contrat en cas d'opération sur les biens de l'entreprise 377
Chapitre 1. Le sort du contrat en cas d'opération sur le fonds de commerce 379
Chapitre 2. Le sort du contrat en cas de transfert du patrimoine professionnel 383
Titre 2. Le sort du contrat en cas de mutation sociétaire 385
Chapitre 1. Le principe de maintien du contrat 387
Section 1. Le maintien du contrat justifié par la continuité de la personnalité morale 387
Section 2. Le maintien du contrat justifié par la transmission universelle du patrimoine 389
Chapitre 2. Limites 393
Section 1. Le cas des cocontractants 393
Section 2. Le cas des créanciers 395
Titre 3. Le sort du contrat en cas de procédure collective 397
Chapitre 1. Le sort des contrats en cours à l'ouverture de la procédure 399
Section 1. Le principe de la continuation des contrats en cours 399
§ 1. La notion de contrat en cours 399
§ 2. Les mécanismes de continuation 401
***Section 2. Le sort des clauses* anti-procédures collectives** 404
Chapitre 2. Le sort des contrats à l'occasion d'un plan de cession 407

SEPTIÈME PARTIE. LES CRISES CONTRACTUELLES 411
Titre 1. La défaillance du cocontractant 413
Chapitre 1. La défaillance d'exécution 415
Section 1. Généralités 415
Section 2. Typologie des sanctions de l'inexécution 419

§ 1. Les sanctions contractuelles 419
§ 2. Les sanctions unilatérales 428
§ 3. Les sanctions judiciaires 433

Chapitre 2. La défaillance économique 441

Titre 2. L'imprévu 445

Chapitre 1. Les remèdes légaux 447

Section 1. Remédier à la perte d'intérêt : la caducité 447

Section 2. Remédier au renchérissement des coûts d'exécution : l'imprévision 449

§ 1. Critères de l'imprévision 450
§ 2. Régime de l'imprévision 453
§ 3. Imprévision et dispositifs spéciaux 455

Section 3. Remédier à l'impossibilité d'exécution : la force majeure . 457

§ 1. Conditions de la force majeure 457
§ 2. Effets de la force majeure 460

Chapitre 2. Les remèdes contractuels 463

Section 1. Clauses de renégociation 463

Section 2. Clauses-couperet 466

Titre 3. Focus sur la crise du Covid-19 469

Chapitre 1. La crise sanitaire au prisme d'un droit d'exception 471

Chapitre 2. La crise sanitaire au prisme du droit commun 473

Titre 4. La sortie de crise 477

Chapitre 1. Les pactes d'apaisement 479

Section 1. Les clauses de règlement amiable des différends 479

Section 2. L'accord de règlement amiable 482

Chapitre 2. La reprise de relation 485

HUITIÈME PARTIE. LA FIN DE LA RELATION 487

Titre 1. La cessation du contrat 489

Chapitre 1. Régime légal 491

Section 1. La cessation des contrats à durée indéterminée 491

Section 2. La cessation des contrats à durée déterminée 493

Chapitre 2. Régime conventionnel 497
Section 1. Les clauses de rupture 497
§ 1. Les clauses de résiliation unilatérale 497
§ 2. Les clauses de sortie 499
Section 2. La résiliation amiable 501
Chapitre 3. L'après-contrat 503
Titre 2. La rupture brutale d'une relation commerciale établie 509
Chapitre 1. La place de l'article L. 442-1, II, dans le système juridique 511
Section 1. Les matières non couvertes par le texte 511
Section 2. L'articulation avec le droit des contrats 513
Chapitre 2. Le champ d'application de l'article L. 442-1, II 517
Section 1. Champ d'application personnel 517
Section 2. Champ d'application matériel 518
Chapitre 3. Le régime de l'article L. 442-1, II 521
Section 1. La faute : une rupture brutale 521
Section 2. La réparation 524
Section 3. Aspects de droit international 525

NEUVIÈME PARTIE. LE DROIT APPLICABLE AUX CONTRATS INTERNATIONAUX 527
Titre 1. Généralités 529
Chapitre 1. La notion de contrat international 531
Chapitre 2. La diversité des droits applicables 533
Section 1. Le droit étatique 533
Section 2. Le droit régional ou international 534
Section 3. Le droit anational 536
Chapitre 3. Les méthodes de détermination du droit applicable 539
Titre 2. Les règles de conflit de lois 541
Chapitre 1. Généralités sur la règle de conflit 543
Chapitre 2. La *lex contractus* 547
Section 1. Le droit applicable par désignation des parties 547
Section 2. Le droit applicable à défaut de choix 550

Chapitre 3. Les règles impératives 553

Titre 3. La détermination du droit applicable dans le cadre d'un arbitrage international 559

Chapitre 1. La question du choix du droit applicable 561

Chapitre 2. La question des règles impératives 563

Titre 4. Aspects de droit matériel 565

Chapitre 1. La CVIM du 11 avril 1980 567

Section 1. Le dispositif conventionnel 567

Section 2. Les principales règles 569

Chapitre 2. Principes Unidroit 571

Section 1. L'utilisation des principes Unidroit 572

Section 2. Le contenu des principes Unidroit 574

DIXIÈME PARTIE. ASPECTS DE CONTENTIEUX 575

Titre 1. Le contentieux porté devant l'arbitre 577

Chapitre 1. Généralités sur l'arbitrage 579

Chapitre 2. La clause compromissoire 587

Section 1. La formation de la clause compromissoire 587

Section 2. Les effets de la clause compromissoire 593

Titre 2. Le contentieux porté devant le juge étatique 599

Chapitre 1. En présence d'une clause attributive de juridiction 601

Section 1. La formation de la clause attributive de juridiction 601

Section 2. Les effets de la clause attributive de juridiction 606

Chapitre 2. En l'absence de clause attributive de juridiction 609

Section 1. Les chefs de compétence en droit interne 609

Section 2. Les chefs de compétence en droit international 611

Index 615

BIBLIOGRAPHIE INDICATIVE

Ouvrages cités par le seul nom des auteurs :

P. Ancel, P. Deumier et M. Laazouzi, *Droit des contrats internationaux*, Sirey, Université, 2e éd., 2019

A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, Précis Domat, 19e éd., 2021

G. Chantepie et M. Latina, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, 2e éd., 2018

F. Chénedé, *Le nouveau droit des obligations et des contrats*, Dalloz référence, 2019/2020

O. Deshayes, T. Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, LexisNexis, 2e éd., 2018

M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations, 1– Contrat et engagement unilatéral*, PUF, Thémis, 6e éd., 2021

B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, Manuel, 12e éd., 2022-2023

J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Droit civil. Les obligations. L'acte juridique*, Sirey, Université, 17e éd., 2022

M. Fontaine, *Droit des contrats internationaux. Analyse et rédaction de clauses*, Forum de la communication, 1re éd., 1990, et la réédition par M. Fontaine et F. De Ly (Bruylant, 2003)

M.-A. Frison-Roche et J.-C. Roda, *Droit de la concurrence*, Dalloz, Précis, 2e éd., 2022

D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, Paradigme, 7e éd., 2023

H. Kötz, B. Fauvarque-Cosson, C. Signat et D. Galbois-Lehalle, *Droit européen des contrats*, Sirey, Université, 2019

R. Libchaber, *Le contrat au xxie siècle. L'ingénierie juridique et les nouveaux contrats d'affaires*, LGDJ, 2020

E. Mackaay, S. Rousseau, P. Larouche et A. Parent, *Analyse économique du droit*, Dalloz, 3e éd., 2021

P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, Droit civil, 12e éd., 2022

P. Malinvaud, M. Mekki et J.-B. Seube, *Droit des obligations*, LexisNexis, Manuel, 16e éd., 2021

A. Sériaux et G. Lardeux, *Manuel de droit des obligations*, PUF, Droit fondamental, 5e éd., 2023

F. Terré, P. Simler, Y. Lequette et F. Chénedé, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, Précis, 13e éd., 2022

F.-X. Testu, *Contrats d'affaires*, Dalloz Action, 2010-2011

Ouvrages cités par leur seul titre :

N. Blanc, R. Boffa et D. Mazeaud (dir.), *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018

F. Buy, M. Lamoureux, J. Mestre et J.-C. Roda (dir.), *Les principales clauses des contrats d'affaires*, LGDJ, 2019

W. Dross, *Dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit privé interne*, LexisNexis, 4e éd., 2020

B. Fages (dir.), *Lamy droit du contrat*, 2022

J. Heinich, H. Lécuyer et J. Mestre (dir.), *Les Pactes d'affaires*, LGDJ, 2021

H. Lesguillons (dir.), *Lamy contrats internationaux*, 2023

P. Le Tourneau (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz Action, 13e éd., 2023

P. Mousseron, J. Raynard et J.-B. Seube, *Technique contractuelle*, Francis Lefebvre, 5e éd., 2017

Autres ouvrages intéressant le droit des contrats d'affaires :

Droit commercial et des affaires (généralités)

J.-B. Blaise et R. Desgorces, *Droit des affaires*, LGDJ, Manuel, 11e éd., 2021

D. Houtcieff, *Droit commercial*, Sirey, Université, 5e éd., 2022

D. Legeais, *Droit commercial et des affaires*, Sirey, Université, 29e éd., 2023

J. Mestre, M.-E. Pancrazi, I. Grossi, N. Vignal, L. Merland, A.-S. Mestre-Chami et J. Wathelet, *Droit commercial*, t. 1 et t. 2, LGDJ, Manuel, 31e éd., 2021

E. Mouial-Bassilana, I. Parachkevova et M. Teller, *Droit des affaires en 12 thèmes*, Dalloz, Séquences, 2022

M. Pédamon et H. Kenfack, *Droit commercial*, Dalloz, Précis, 5e éd., 2022

L. Vogel, *Traité de droit des affaires* de G. Ripert et R. Roblot, t. 1, *Du droit commercial au droit économique*, LGDJ, Traités, 21e éd., 2020

Droit de la distribution

F. Buy, M. Lamoureux et J.-C. Roda, *Droit de la distribution*, LGDJ, Manuel, 2e éd., 2019

N. Dissaux et R. Loir, *Droit de la distribution*, LGDJ, Précis Domat, 1re éd., 2017

D. et N. Ferrier, *Droit de la distribution*, LexisNexis, Manuel, 9e éd., 2023

M. Malaurie-Vignal, *Droit de la distribution*, Sirey, Université, 4e éd., 2017

Droit des sociétés

M. Cozian, F. Deboissy et A. Viandier, *Droit des sociétés*, LexisNexis, Manuel, 35e éd., 2022

M. Germain et V. Magnier, *Traité de droit des affaires* de G. Ripert et R. Roblot, t. 2, *Les sociétés commerciales*, LGDJ, Traités, 23e éd., 2022

J. Heinich, *Droit des sociétés*, LGDJ, Manuel, 1re éd., 2023

P. Le Cannu et B. Dondero, *Droit des sociétés*, LGDJ, Précis Domat, 9e éd., 2022

P. Merle et A. Fauchon, *Sociétés commerciales*, Dalloz, Précis, 26e éd., 2022-2023

J. Mestre, D. Velardocchio, A.-S. Mestre-Chami, J. Heinich, S. Lacroix-De Sousa, G. Loustalet et G. Carteret, *Lamy sociétés commerciales*, 2023 (cité *Lamy sociétés commerciales*)

Droit financier

T. Bonneau, P. Pailler, A.-C. Rouaud, A. Tehrani et R. Vabres, *Droit financier*, LGDJ, Précis Domat, 3e éd., 2021

A. Couret, H. Le Nabasque, M.-L. Coquelet, T. Granier, D. Poracchia, A. Raynouard, A. Reygrobellet et D. Robine, *Droit financier*, Dalloz, Précis, 3e éd., 2019

Droit des entreprises en difficulté

A. Jacquemont, N. Borga et T. Mastrullo, *Droit des entreprises en difficulté*, LexisNexis, Manuel, 12e éd., 2022

F. Pérochon, M. Laroche, F. Reille, T. Favario et A. Donnette, *Entreprises en difficulté*, LGDJ, Manuel, 11e éd., 2022

P. Pétel, *Procédures collectives*, Dalloz, Cours, 11e éd., 2023

C. Saint-Alary-Houin, M.-H. Monsèrié-Bon et C. Houin-Bressand, *Droit des entreprises en difficulté*, LGDJ, Précis Domat, 13e éd., 2022

Droit fiscal des affaires

D. Gutmann, *Droit fiscal des affaires*, LGDJ, Précis Domat, 13e éd., 2022-2023

P. Serlooten et O. Debat, *Droit fiscal des affaires*, Dalloz, Précis, 21e éd., 2022-2023

Droit européen, international et comparé

J. Béguin et M. Menjucq (dir.), *Droit du commerce international*, LexisNexis, 3e éd., 2019

D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé*, t. 1 et t. 2, PUF, Thémis, 5e éd., 2021

J.-M. Jacquet, P. Delebecque et L. Usunier, *Droit du commerce international*, Dalloz, Précis, 4e éd., 2021

C. Kessedjian et V. Pironon, *Droit du commerce international*, PUF, Thémis, 2e éd., 2020

C. Le Gallou et S. Wesley, *Droit anglais des affaires*, LGDJ, Précis Domat, 1re éd., 2018

P. Mayer, V. Heuzé et B. Remy, *Droit international privé*, LGDJ, Précis Domat, 12e éd., 2019

J.-B. Racine et F. Siiriainen, *Droit du commerce international*, Dalloz, Cours, 3e éd., 2018

Droit de l'arbitrage

J. El Ahdab et D. Mainguy, *Droit de l'arbitrage. Théorie et pratique*, LexisNexis, Manuel, 2021

P. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, 1996

J. Ortscheidt et C. Seraglini, *Droit de l'arbitrage interne et international*, LGDJ, Précis Domat, 2e éd., 2019

J.-B. Racine, *Droit de l'arbitrage*, PUF, Thémis, 1re éd., 2016

Dictionnaires juridiques

M. Deman et M. Julian, *Guide de l'anglais des contrats d'affaires*, LexisNexis, 2e éd., 2019

INTRODUCTION

SECTION 1 PROLÉGOMÈNES

1 **Le droit des contrats d'affaires comme centre d'intérêt. –** Le droit des contrats d'affaires existe : tous les acteurs du droit l'ont rencontré. *Les cabinets d'avocats* et *les directions juridiques* des grandes entreprises le pratiquent au quotidien. *Les tribunaux et arbitres* sont témoins de sa complexité et des enjeux qui sont les siens. *Les organismes de formation* l'incluent systématiquement dans leurs « packs affaires », car ils connaissent sa force d'attraction. *Les universités*, qui ont compris que les recruteurs appréciaient les contractualistes au profil « droit des affaires », ont également pris le pli et adapté leurs parcours : le droit des contrats d'affaires est fréquemment enseigné en Master 2[1] ; il l'est parfois dès le Master 1[2], voire dès la Licence 3 (DJCE/Magistère).

La doctrine n'est pas en reste : les professeurs n'ignorent pas l'importance des contrats d'affaires (ils sont souvent consultants ou avocats dans des cabinets d'affaires), et nombre de leurs écrits en portent le témoignage. Il est difficile de dater exactement l'origine de cet intérêt scientifique, mais il semble qu'il doive son existence à deux mouvements qui se sont parallèlement constitués dans les années 1970-1980. Le premier fut porté par les spécialistes du droit des contrats internationaux : sensibilisés à l'étude du droit et des usages du commerce international, certains d'entre eux observèrent qu'une standardisation des pratiques était à l'œuvre, non pas seulement à l'échelle des contrats eux-mêmes, mais à l'échelle de leurs clauses. Les contrats d'affaires internationaux furent ainsi saisis et analysés « par le bas », indépendamment de leur qualification. Le *Droit des contrats internationaux. Analyse et rédaction de clauses*, rédigé par Marcel Fontaine, en constitua l'un des

1. Certaines formations l'ont même pris pour bannière : par ex., à Montpellier (« Droit de la distribution et des contrats d'affaires »), Bordeaux (« Contrats d'affaires et droit du marché »), Paris 1 (« Pratique des contrats d'affaires et résolution des différends »), Paris-Saclay (« Droit des contrats d'affaires »).

2. Par ex. à Aix-Marseille, Lyon III, La Réunion.

meilleurs exemples[3]. Le second mouvement fut, en France, initié par une poignée d'auteurs convaincus que le droit civil et le droit des affaires ne méritaient pas d'être pensés de façon cloisonnée. Bien qu'ils ne fussent ni les premiers ni les seuls[4], deux auteurs méritent d'être ici mentionnés en raison de l'approche systématique de la question qui fut la leur. L'un, Jean-Marc Mousseron, se singularisa par son approche « disruptive » (comme on dit aujourd'hui) du droit des contrats, ciblée sur la *technique contractuelle* et nourrie de disciplines nouvelles comme le *droit de la distribution*. L'autre, Jacques Mestre, montra, dans le cadre des chroniques qu'il tint à la *Revue trimestrielle de droit civil* pendant plus de vingt ans, que le droit des obligations pouvait être méthodiquement présenté et revisité à la lumière du droit des affaires.

2 **Le droit des contrats d'affaires en mal d'identité ? –** Si l'intérêt pour la matière n'a, depuis lors, jamais fléchi, force est de constater qu'il existe chez les auteurs contemporains une forme de réserve dès qu'il s'agit de franchir le cap de la conceptualisation. Comme si le droit des contrats d'affaires était, au fond, un droit de terrain plus que de bibliothèques. Certes, quelques monographies font figure d'exception (v. *supra*, les références citées en bibliographie) : le *Contrats d'affaires* de François-Xavier Testu, le *Pactes d'affaires* codirigé par Jacques Mestre, le *Principales clauses des contrats d'affaires* également codirigé par Jacques Mestre, auxquels on peut ajouter, dans une perspective plus théorique, l'ouvrage de Rémy Libchaber, *Le contrat au xxi^e siècle. L'ingénierie juridique et les nouveaux contrats d'affaires*, ainsi qu'une thèse montpelliéraine courageuse, rédigée par Vincent Cadoret sous la direction de Daniel Mainguy, intitulée *Réflexion sur les contrats d'affaires : plaidoyer pour une théorie réaliste du contrat*. Mais on est loin d'un phénomène de masse. À cela, plusieurs explications. Nous reviendrons plus tard sur la première d'entre elles, que Jean Paillusseau résumait de façon assez crue : « Il est certainement très présomptueux d'accepter de faire une conférence sur les contrats d'affaires quand on s'avoue incapable de définir la notion "d'affaires" et, donc, celle de "contrat d'affaires" »[5]. Observons toutefois, et d'ores et déjà, que les codes parlent eux-mêmes des « relations d'affaires » (C. civ., art. 1119) et des « plans d'affaires » (C. com., art. L. 441-4), et que l'appellation de *contrats commerciaux*, qui est pourtant plus classique, suscite de son côté le même type de flottements[6]. Pour le reste, la cause la plus vraisemblable de cette réticence scientifique tient à la proximité que le droit des contrats d'affaires peut entretenir avec le *droit des contrats spéciaux* (*i.e.* le droit applicable à certains contrats), d'un côté, et avec le *droit commun des contrats* (*i.e.* le droit applicable à tous les contrats), de l'autre.

3. M. Fontaine, *Droit des contrats internationaux. Analyse et rédaction de clauses*, Paris, Forum de la communication, 1re éd., 1990, et la réédition par M. Fontaine et F. De Ly (Bruylant, 2003).

4. V. not. l'étude prémonitoire d'A. Tunc, « Ébauche du droit des contrats professionnels », in *Mél. G. Ripert*, t. 2, LGDJ, 1950, p. 136.

5. J. Paillusseau, « Les contrats d'affaires », JCP N 1987, 101367.

6. V. par ex. J. Mestre et a., *Droit commercial*, t. 2, LGDJ, Manuel, 31e éd., 2021, n° 1, pour qui l'identification des contrats commerciaux est une « tâche (...) immense » dès lors que « par le biais de la commercialité par accessoire, tous les contrats sont susceptibles d'être un jour commerciaux ».